



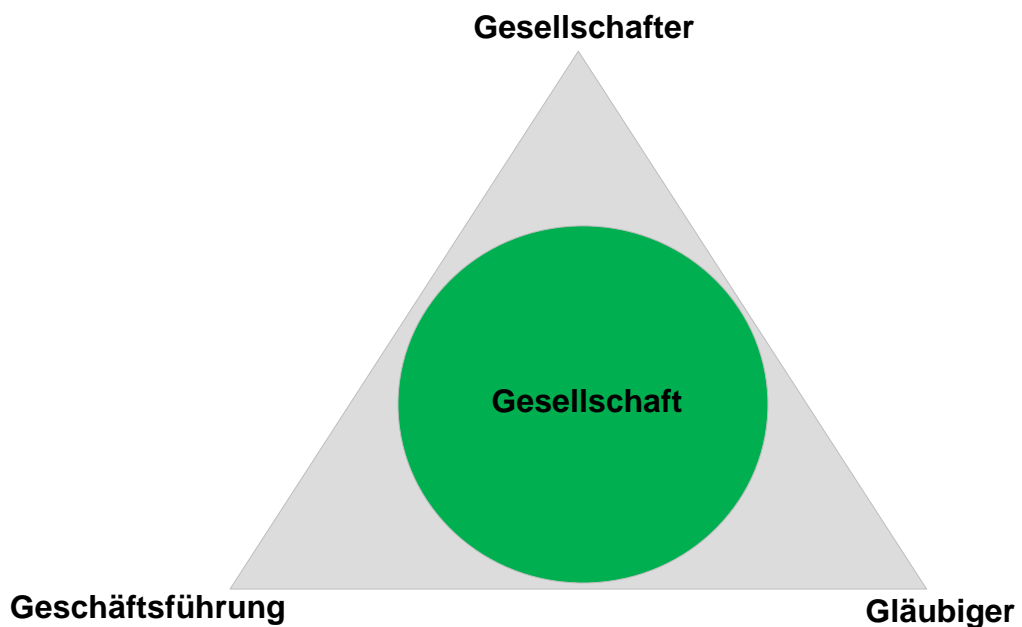
Sanierungsberatung im Bermudadreieck der Interessen

Britta Grauke - Weil, Gotshal & Manges LLP

6. NIVD-Frühjahrsdialog in Wiesbaden
12.-13. April 2018

Das Dreieck

Die Risiken



**Sanierungsberatung häufig (immer noch)
Insolvenzvermeidungsberatung**

- **Gesellschafter**
 - Insolvenz geht einher mit
 - Kontrollverlust
 - Investitionsverlust
 - Anfechtungsrisiken
 - Reputationsverlust
- **Gläubiger**
 - Insolvenz geht einher mit
 - Ausfallrisiko
 - Kontrollverlust
 - Anfechtungsrisiken/Haftungsrisiken
 - Reputationsrisiko
- **Geschäftsführung**
 - Insolvenz geht einher mit
 - Kontrollverlust
 - erheblichen Haftungsrisiken
 - erheblichen Auswirkungen auf das operative Geschäft
 - Reputationsverlust
 - Jobverlust

Die großen Unbekannten

- Die tatsächlich unbekannten Beteiligten
 - Anleihegläubiger
 - Gläubiger der anderen Beteiligten
- Der unerwartet feindliche Großgläubiger
 - Insolvenz als strategisches Tool für Wettbewerber oder Kunden
- Die neuen Beteiligten
 - Distressed Funds/Loan Trading
 - Loan to own Strategien



Die Geschäftsführung

Zielkonflikt

Schutz des Unternehmens, der Arbeitsplätze,
des eigenen Jobs und der eigenen Reputation



enorme Haftungsrisiken

Konflikt der Interessen

Viele Pflichten betreffen das Verhältnis zum
Eigentümer → der auch den Geschäftsführer
bestellt (und bezahlt)

- Cash Pooling
- Konzernumlage
- Up-Stream Sicherheiten
- Transfer Pricing

Damoklesschwert der persönlichen Haftung

- Strafrecht, § 15a InsO ("Deutscher Sonderweg")
 - Fahrlässigkeit ausreichend
- zivilrechtliche Unsicherheiten setzen sich im Strafrecht fort
- § 92 AktG, § 30 Abs. 1 GmbHG, § 64 GmbHG, § 43 Abs. 2 GmbHG, § 26 Abs. 3 und 4 InsO
- D&O Schutz in der Praxis problematisch
 - Schwierigkeit, Deckungsschutz zu erhalten ("unter Vorbehalt")
 - Anreiz für Verwalterklagen?

- Beispiel: Positive Fortbestehensprognose (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO)
 - "mittelfristige Zahlungsfähigkeitsprognose", also Liquiditätsbetrachtung
 - Planung ex ante/Überprüfung ex post
 - Beweislast: beim Geschäftsführer (vgl. schon BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2006 – II ZR 303/05)
 - gesetzgeberische Festlegungen fehlen
 - relevanter Zeitraum
 - unplanbare Ereignisse – Beispielsfall: Fälligkeit der Anleihe = zwingender Insolvenzantrag?
- Beispiel: § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG:
"darf nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden"
 - Stundung (BGH NJW 1982, 383)
 - Säumnis im Prozess (BGH NJW 2009, 2127)
 - Verrechnung mit einer Forderung des dem Gesellschafter wirtschaftlich gehörenden Unternehmens (BGH NJW 1993, 1922, BGH NJW 2000, 1571)
 - Vergleich (OLG Dresden, BeckRS 2002, 302 70761)
 - Leistung an Dritte auf Veranlassung des Gesellschafters (BGH ZIP 2000, 1251, 1255)
 - Eingehung einer Verbindlichkeit gegenüber Dritten, wenn dies dem Interesse des Gesellschafters dient (OLG Rostock, GmbHR 1998, 329)



Falsche Prognose = Risiko der Insolvenzverschleppung!

Die Lösung in der Praxis

■ Gutachten, Gutachten, Gutachten

- IDW S 11 "Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen"
- IDW S 6 "Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten" vs. BGH, Urteil vom 12.05.2016 – IX ZR 65/14
- Rechtsgutachten (z. B. zur Zulässigkeit von Zahlungen)



Problematik: insbesondere Untergerichte überprüfen in langjährigen Gerichtsverfahren Gutachten ex-post (vollständig!), nicht nur Plausibilität

Folge: Dringend benötigte Liquidität wird für Berater ausgegeben

- **Berater müssen zur Erfüllung des § 142 InsO (Bargeschäft) Vorkasse/zeitnahe Zahlung verlangen**
- **Berater müssen umfangreiche Gutachten erstellen, um nicht in die eigene Haftung zu geraten**
- **Gutachtenaufwand nicht nur für Geschäftsführer, sondern auch für Gläubiger ("preservation of rights"-Klauseln in Standardkreditverträgen)**

Die Gläubiger

Der klassische Kreditgeber

- unternehmensgewogen, sanierungsbestrebt
- bereit zum Stillhalten, Überbrückungskredit
- Problematik: § 826 BGB, Risiko der Beteiligung an der Insolvenzverschleppung

Andere Großgläubiger

- grundsätzlich Interesse an Fortführung des Unternehmens und der Geschäftsbeziehung
- Problematik: § 103 ff. InsO
- Vorgehensweise:
 - komplexe vertragliche Regelungen, um die Folgen abzumildern oder zu vermeiden
 - Beispiel: Lizenzvereinbarung
 - "Reifen-Progressiv" (BGH, NJW-RR 2010, 186) und "Ecosoil" (BGH, GRUR 2016, 201)
 - Problematik: Ratenzahlungs- und Stundungsvereinbarungen
 - Lösung: neues Anfechtungsrecht, § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO?

Distressed Funds/"loan to own"

- Erwerb von Krediten zur Übernahme des Unternehmens
- Bereitschaft, neue Liquidität zur Verfügung zu stellen
- Problematik: § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO

Sanierungsbeiträge der finanzierenden Banken

- Abgrenzung zulässiger Sanierungskredit vs. Insolvenzverschleppung ("Eigennützige Scheinsanierung"), BGH, NJW 1970, 657; BGH, NZI 2017, 507
 - ➔ Gutachten, IDW S 6
- Gewährung neuer Sicherheiten unterliegt dem Anfechtungsrecht
- Sicherheitenverwertung in der Insolvenz eingeschränkt, insbesondere: BGH, NJW-RR 2016, 242, "mobilcom/Schmid"
 - Problem: Andere Gestaltungen führen zum Risiko des atypischen Pfandgläubigers, BGH NJW 1992, 3035 (II. Senat)

Übernahme von Anteilen im Zusammenhang mit Gewährung neuer Liquidität

- Außerhalb der Insolvenz ausschließlich
 - Vereinbarung mit den Gesellschaftern (kein "cram down") oder
 - Verwertung von Sicherheiten
- § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, § 39 Abs. 4 Satz 2, InsO
- Anforderungen der Rechtsprechung, insbesondere Untergerichte, gehen weit über den Gesetzeswortlaut und über Sinn und Zweck des sog. "Sanierungsprivilegs" hinaus
 - ➔ Gutachten, insbesondere IDW S 6
 - ➔ Komplexe Strukturierungen zur Vermeidung der Anwendbarkeit des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO
- In jedem Fall besteht das Risiko langjähriger Rechtsstreitigkeiten

Der Gesellschafter

Rolle

- Unterstützung durch:
 - qualifizierte Rangrücktritte
 - Patronatserklärung
 - Neue Liquidität
 - Beteiligung durch Abgabe von Anteilen (debt for equity swap)
- Beteiligter, der gesetzlich "bestraft" wird für die Krise (z. B. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, § 135 InsO) (Negativ – Inzentivierung)

Folge: negative Rolle durch Verhinderungsmöglichkeiten, da positive Rolle durch den Gesetzgeber nicht vorgesehen

Sonderproblem: Wegfall der Möglichkeit der Steuerbefreiung (BFH, BB 2017, 463)

Die Herausforderung - Konzernverhältnisse

- Sanierung wird regelmäßig im Gesamtkonzern vorgenommen
 - gesetzliche Pflichten treffen aber Geschäftsführer der Einzelgesellschaften
- Gesetzliche Verpflichtungen erzwingen Austritt aus
 - Cash Pool
 - Konzernumlagezahlungen
 - Konzernlieferverpflichtungen
 - ➔ Ausfluss des fehlenden materiellen Konzerninsolvenzrechts
- Unterstützung durch den Konzern:
 - Stehenlassen von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen – Folge: Subordinierung
 - Risiko der Haftung für Insolvenzverschleppung für die Gesellschafter
 - neue Liquidität - Subordinierung

Isolierung der deutschen Konzerngesellschaft in internationalen Restrukturierungen

Steuerung durch das Bermuda-Dreieck - Fazit

- Sanierung wesentlich geprägt durch rechtliche Risiken und Vorgaben
- Geschäftsführer als Mediator der Beteiligten, obwohl das höchste Haftungsrisiko besteht
- Verlagerung vieler Themen auf Berater und Gutachter, mit der Folge hoher Beraterkosten als "Absicherung" für die Beteiligten
- Vermeidung der Isolierung im internationalen Konzernverbund